

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: [REDACTED] [REDACTED] /Optima Italia**

Presenti:

SANDRO VANNINI	<i>Presidente</i>
GIANCARLO MAGNI	<i>Vice Presidente</i>
RENATO BURIGANA	<i>Componente</i>
LETIZIA SALVESTRINI	<i>Componente</i>
MAURIZIO ZINGONI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Sandro Vannini**

Segretario: **Mario Naldini** *In sostituzione (vedi nota del Segretario generale Prot. n. 7588/4.1 del 16 marzo 2016 avente ad oggetto “Modalità di sostituzione dei dirigenti”) della Dirigente Cinzia Dolci - Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricato della redazione del presente atto*

Allegati N. 0

IL COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

VISTI:

- la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";
- la legge 31 luglio 1997, n. 249 "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;
- il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";
- la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249" e successive modifiche e integrazioni;
- la Delibera Agcom n. 173/07/CONS, All. A "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;
- la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori";
- la Delibera Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";
- la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato regionale per le comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale Toscana 1 febbraio 2000, n. 10);
- l' "Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;
- la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, comma 1, lett. e);
- l'istanza n. 477 del 15 dicembre 2014 con cui il Sig. ■■■■■ chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Optima Italia ■■■■■ (di seguito, per brevità, Optima) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera n. 173/07/CONS, Allegato A;
- la nota del 15 dicembre 2014 con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della deferita

controversia e la successiva comunicazione del 27 maggio 2015 con cui ha invitato le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 29 giugno 2015 ;

UDITE entrambe le parti nella suindicata udienza;

ESAMINATO pertanto il relativo verbale di udienza, con il quale ci si riservava di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la *res controversa*;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

Il Sig. [REDACTED], intestatario dell'utenza telefonica fissa di tipo residenziale n. [REDACTED], lamenta la sospensione del servizio telefonico dal 6 agosto 2014 e l'impossibilità di portare la propria numerazione verso altro gestore per la mancata fornitura del codice di migrazione.

In particolare, dagli atti del procedimento è emerso che:

In data 6 agosto 2014 l'istante lamentava l'interruzione del servizio telefonico.

L'istante riferisce che, nonostante l'intervento da parte della società Optima, che inviava due nuovi router, il servizio continuava a essere inefficiente.

In data 10 novembre 2014 l'istante effettuava richiesta di migrazione verso il gestore Wind Telecomunicazioni [REDACTED], ma la stessa non andava a buon fine con motivazione: codice di migrazione errato.

In data 1° dicembre 2014 la parte istante esperiva nei confronti della società Optima Italia tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso per mancata adesione dell'operatore.

Con l'istanza di definizione della controversia, l'istante ha chiesto:

- 1) la comunicazione a Wind Infostrada del codice di migrazione per permettere il passaggio dell'utenza ad altro gestore;
- 2) l'indennizzo "per mancanza di servizio fino alla conclusione della vicenda";
- 3) l'indennizzo per mancata comunicazione del codice di migrazione.

In data 13 gennaio 2015, nel rispetto dei termini procedurali, la società Optima produceva una memoria difensiva, nella quale rappresentava che la fattispecie verificatasi è disciplinata dall'articolo 12 delle proprie condizioni contrattuali, per il quale non si configurerebbe alcuna responsabilità della società medesima, poiché l'interruzione dell'erogazione del servizio sarebbe avvenuta a causa di forza maggiore. Precisava inoltre, di aver provveduto alla sostituzione del router. Infine, forniva il codice di migrazione da comunicare al gestore subentrante e comunicava l'impegno a stornare le fatture "emesse successivamente alla disdetta".

In data 19 gennaio 2015, l'istante ha fatto pervenire, nel rispetto dei termini procedurali, una memoria di replica, nella quale ribadiva la posizione già espressa nell'istanza di definizione della

controversia e prendeva atto della volontà della società Optima di stornare le fatture successive alla disdetta.

2. Valutazioni in ordine al caso in esame

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere accolte come di seguito precisato.

Sulla interruzione del servizio sull'utenza n 0571 501718.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 3533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 codice civile, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Inoltre si richiama l'art. 3, comma 4, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP, in virtù del quale gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Tutto ciò premesso, per quanto riguarda la fattispecie in esame, l'utente ha dedotto una totale impossibilità di utilizzo del servizio dal 6 agosto 2014, nonostante l'intervento da parte della società Optima, che aveva inviato due nuovi router.

La società Optima, dal canto suo, si è limitata ad addurre in memoria, quale esimente della sua responsabilità per l'interruzione del servizio, ai sensi dell'art. 12 delle condizioni contrattuali, la forza maggiore, senza fornire tuttavia alcuna evidenza della causa di forza maggiore dallo stesso richiamata; ma, soprattutto, la società medesima non è stata in grado di provare di aver garantito il servizio in modo regolare e continuo nonché di aver posto in essere tutti gli interventi tecnici necessari per garantire l'erogazione del servizio in maniera corrispondente agli standard di qualità e continuità contrattualmente previsti.

L'operatore dovrà pertanto ritenersi responsabile per il malfunzionamento del servizio erogato all'utente, con conseguente diritto di quest'ultimo alla liquidazione di un indennizzo proporzionale al disagio subito.

Quanto all'arco temporale del disservizio, si identifica il *dies a quo* nella data del 6 agosto 2014 (giorno in cui il disservizio è stato lamentato, in maniera incontestata) ed il *dies ad quem* nel momento della "conclusione della vicenda", ossia nella data del 13 gennaio 2015, giorno in cui la società Optima ha infine fornito il codice di migrazione.

Ai fini della quantificazione del suddetto indennizzo, il parametro economico da utilizzare è di euro 5,00 per ogni giorno di disservizio, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS, che disciplina il caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici.

DELIBERAZIONE
n. 21 del 18 marzo 2016

Pertanto, l'indennizzo da riconoscere all'istante è pari all'importo di euro 805,00 (euro 5,00 *pro die* per 161 giorni di disservizio).

Sulla mancata migrazione dell'utenza per errata comunicazione del codice di migrazione.

Con riferimento alla richiesta di cui al punto 1) della domanda, con la quale l'istante ha richiesto la comunicazione a Wind Infostrada del codice di migrazione per permettere il passaggio dell'utenza ad altro gestore, lamentando l'indicazione in fattura di un codice di migrazione errato, si rileva preliminarmente che la società Optima ha fornito il codice di migrazione in sede di produzione di memorie e che l'istante ne ha preso atto nella replica del 19 gennaio 2015. Pertanto la richiesta, come sopra formulata, non risulta più attuale e come tale non è da prendersi in esame.

Quanto alla richiesta di cui al punto 3) della domanda, con la quale l'istante ha richiesto l'indennizzo per mancata comunicazione del codici di migrazione, si rileva che:

l'istante ha lamentato l'impossibilità di ottenere la migrazione del servizio verso altro operatore, richiesta dallo stesso in data 10 novembre 2014, a causa dell'indicazione in fattura di un codice di migrazione errato.

Orbene, risulta incontestato sia che l'istante abbia fatto richiesta di migrazione in data 10 novembre 2014, sia che la società Optima abbia fornito il codice di migrazione corretto solo in data 13 gennaio 2015, cioè in sede di produzione di memorie nel corso del procedimento *de quo*. Pertanto, la responsabilità del mancato adempimento all'obbligo dell'operatore *donating* Optima, posto dall'art. 1 della Delibera Agcom. n. 23/09/CIR, di fornire il codice di migrazione "direttamente nella fattura periodicamente inviata, a prescindere dalla richiesta del cliente", è da ascrivere esclusivamente alla società Optima medesima, con il conseguente diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo proporzionato al disagio subito.

L'ipotesi di mancata fornitura del corretto codice di migrazione, elemento indispensabile per l'avvio della procedura di migrazione stessa, si ritiene possa essere assimilata, in via analogica - in applicazione dell'articolo 12, comma 3, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS - alla fattispecie disciplinata dall'articolo 6 della medesima Delibera: "*Nelle ipotesi di procedure di portabilità del numero non concluse nei termini stabiliti dalla disciplina di settore, l'operatore responsabile del ritardo sarà tenuto a corrispondere all'utente interessato un indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di ritardo; (...).*" Pertanto, per il calcolo dell'indennizzo spettante nel caso di specie si fa riferimento a tale parametro giornaliero di euro 5,00.

Con riferimento al periodo indennizzabile, si ritiene di individuare il *dies a quo* nella data del 10 novembre 2014 (giorno della richiesta di migrazione) e il *dies ad quem* nella data del 13 gennaio 2015 (giorno in cui la società Optima ha fornito il codice di migrazione corretto).

Pertanto l'indennizzo da riconoscere all'istante è pari all'importo di euro 325,00 (euro 5,00 *pro die* per 65 giorni di disservizio).

Si ritiene, infine, equo e proporzionale liquidare a favore dell'istante la somma forfettaria di euro 50,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento e delle Linee Guida approvate con Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

VISTI la relazione istruttoria redatta dal responsabile del procedimento, Dott.ssa Elisabetta Gonnelli, e lo schema di decisione predisposto dalla Dirigente Dott.sa Cinzia Dolci, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

Con voti unanimi

D E L I B E R A

in accoglimento dell'istanza avanzata dal Sig. Enrico Buoni, in data 15 dicembre 2014 nei confronti di Optima Italia S.p.A. che l'operatore provveda a:

- 1) corrispondere, mediante assegno o bonifico bancario intestato all'istante:
 - a) l'importo di euro 805,00 a titolo di indennizzo per l'interruzione del servizio dal 6 agosto 2014 al 13 gennaio 2015;
 - b) l'importo di euro 325,00 a titolo di indennizzo per il disservizio causato dall'omessa comunicazione del codice di migrazione;
 - c) la somma di euro 50,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e ai sensi delle Linee Guida approvate con la Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo di cui ai precedenti punti 1) lettere a) e b) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il Segretario
Mario Naldini

Il Presidente
Sandro Vannini